

論文

アメリカ合衆国における多様性の価値の意味 (1)

——人種的分断の防止と統合の促進の視点から——

The meaning of the value of diversity in the United States [Part I]:
From the Perspective of Preventing Racial Division and Promoting Integration

茂木 洋平

桐蔭横浜大学法学部

(2019年11月22日 受理)

I. はじめに

1. 問題の所在

本稿の目的は、現在、アメリカ合衆国（合衆国）において Affirmative Action (AA) の正当化理由として主として用いられている多様性の価値が何を意味するのかについて、人種的分断の防止と統合の促進という観点から明らかにするところにある。

従来、AA は差別の救済を理由に正当化されてきたが、合衆国最高裁では、救済の対象となる差別として、それを広く捉える社会的差別が否定され、狭く捉える特定された差別に限定された (IV 2)。差別の救済による AA の正当化は難しくなったため、多様性の利益による正当化が主張されるようになった (IV 3)。多様性の理論は、人種的多様性から生じる利益によって AA を正当化する考え方であり、一見すると、差別の救済とは無関係である (IV 3 (1))。しかし、多様性に基づく AA が利益を作り出すことだけに關心があると理解すると、マジョリティにだけ (高等教育機関の定員や公務員の雇用枠などの) 社会的資源を付与した方が社会全体の財

を増やすと証明された場合には、マイノリティに不利益をもたらす施策が正当化される可能性を受容しなければならない¹⁾。以前に、筆者は、多様性の理論の是認によるマイノリティの排除の正当化を避けるには、多様性から生じる利益とは差別の是正やその発生の防止と結びつける必要があることを明らかにした²⁾。合衆国の判例と学説は、多様性の理論には差別の救済が組み込まれていると理解している (IV)。

しかし、実際には、多様性に基づく AA はすべてのマイノリティを対象者としておらず、ときに不利な状況にあるマイノリティを対象者から除外する (V 1)。また、あるマイノリティが他のマイノリティから社会的資源を奪うために、多様性を主張して自らのグループを AA の対象者として包含することを要求する (V 2)。さらには、過剰代表のマイノリティによる社会的資源の獲得を制限し、マジョリティが社会的資源を獲得するために、多様性を主張することもある (V 3)。多様性に基づく AA は対象者であるマイノリティの人種的不均衡を是正しており、差別の救済と結びつく側面は否定できないが、実際の使われ方を見ると、差別の救済との関連

だけでは説明できない。合衆国では、AAの支持派から否定派に至るまで、各グループの敵意や反目を抑え、人種的分断を防ぎ、統合していく必要性を認識している(Ⅱ)。支持派は人種的分断を防ぐためにAAが必要だと考え(Ⅱ1)、他方、否定派はAAが人種的分断を助長すると評価した(Ⅱ3)。本稿は、この点に着目し、合衆国においてAAの正当化理由として多様性が何を意味するのかを考察する。

日本でも、ポジティブアクションが実施される際に、多様性の理論が頻繁に用いられている。本稿は、日本のポジティブアクションの議論において多様性が何を意味するのかは考察しない。合衆国最高裁で多様性によるAAの正当化が認められて以降、ポジティブアクションの正当化理由として多様性が数多く登場するようになった。この動きが合衆国の多様性の議論と直接因果関係があるのかは定かではない。しかし、日本はポジティブアクションを議論する際の準拠国の1つとして合衆国を参照してきた経緯を考えると、合衆国において多様性が何を意味するのかを考察することは、日本の議論を進める上で意味のある資料になると考える。

2. 構成

本稿は、以下のように考察を進める。AAが人種的分断を抑えて統合を促進するのか、それとも分断を助長するのかについて、AAの支持者から批判者に至るまで、合衆国で如何に評価されているのかを考察する(Ⅱ)。従来、AAは差別の救済として正当化されてきたが、マイノリティの人口構成の変化によって、そうした理解が変遷したことを考察する(Ⅲ)。AAの理解の変遷の中で多様性による正当化が主張されるようになったが、多様性と差別の救済はいかなる関係にあるのかを考察する(Ⅳ)。多様性の理論はときとしてマイノリティを排除するために使用されることがあるが、この状況を踏まえて、AAの正当化理由として多様性を如何に理解すれば

よいのかを考察する(Ⅴ)。最後に、本稿の議論をまとめる(Ⅵ)。

Ⅱ. 人種的分断の危険と統合の必要性

1. 支持派の認識

AA自体には敵意はないと評価する場合でも³⁾、AAの支持者は、AAが人種的分断をもたらす危険を認識し⁴⁾、時間的に制約されるべきだと考えている⁵⁾。合衆国最高裁の判例では、AA支持派の裁判官は、AAが正当だとされる重要な要件として、AAが一時的であるべきだと認識し⁶⁾、それを強調してきた⁷⁾。支持派であるギンスバーグ裁判官は、AAが時間的に制約されるべきとする考えは「国際的な理解と一致する」と述べて、AAが一時的な施策であるべきと示している⁸⁾。

AAの支持者は、カラブラインドの徹底は人種的不均衡を是正せず⁹⁾、それを温存し¹⁰⁾、人種主義を是正しないと考えている¹¹⁾。AAの支持者によれば、AAを否定する主張は、人種間に不均衡が存在している現実を無視しているとされる¹²⁾。

指導的な地位に占めるマイノリティの割合が少ないことは、マイノリティに対する劣等視を継続させ¹³⁾、人種主義を助長する¹⁴⁾。AAの支持者は、周縁に置かれたマイノリティが不満や敵意を抱き¹⁵⁾、それが人種的分断を生み¹⁶⁾、合衆国に混乱と暴力をもたらす危険があると認識し¹⁷⁾、AAによって人種的不均衡を是正する必要があると考えている¹⁸⁾。AAの支持者は、AAによる人種的不均衡の是正によって、人種的な抑圧をなくし¹⁹⁾、カラブラインドな社会に近づくと考えている²⁰⁾。

AAの支持者は人種的分断の防止と統合された社会の構築を重視し²¹⁾、そのためには、AAによって人種的不均衡を改善する必要があると考えている²²⁾。AAの支持者によれば、AAは人種的不均衡の縮減を意図しており²³⁾、それが是正されるまでは許されることに

なる²⁴⁾。支持派の裁判官は、人種的不均衡がある限りはAAが必要だと示してきた²⁵⁾。この見解では、人種的不均衡がなくなり、人種的分断の危険がなくなるまでAAは続けられる²⁶⁾。

2. 中間派の認識

AAの合憲性判断について、事例ごとに判断を変える中間派のオコナ裁判官は、AAが人種的分断を助長する危険を認識し²⁷⁾、AAの合憲性に懐疑的な立場を採っていた²⁸⁾。ミシガン大学ロー・スクールの入学者選抜におけるAAの合憲性が問題とされたGrutter判決では、オコナ裁判官は、すべての人種に指導者としての道を開き、指導者の正統性が確保されることで、マイノリティが排除を感じず、「隔たれることのない1つの国家の理想」を実現するために、多様性によるAAの正当化を是認した²⁹⁾。

AAに懐疑的な見解を示す一方で、オコナ裁判官は、人種区分の一切の禁止によっては厳しい現実を乗り越えられなかったことを認識しており³⁰⁾、AAの禁止によって人種的分断が生じる可能性も認識していた³¹⁾。即座のAAの廃止は大幅な人種的不均衡を招くことから³²⁾、オコナ裁判官は、違憲判断によって、AAにより達成された人種統合が大きく後退することを懸念していた³³⁾。

同じく、中間派であるケネディ裁判官はAAの合憲性に懐疑的な立場を採っており³⁴⁾、人種区分が社会に混乱と争いをもたらすことを懸念していた³⁵⁾。ケネディ裁判官は、AAはそれが回避を意図する敵意を永続化させ、あらゆる政策の中で人々を最も分裂を生じさせる可能性があることを懸念しており³⁶⁾、人種区分の使用が社会の分断を加速すると常に強調してきた³⁷⁾。ケネディ裁判官によれば、人種によって個人をタイピングする計画は、人々の人種の政府による定義を要求し、結果として、個人が「政府が命令する人種的なラベルの下で生きる」ことを強要し、人々を個人ではなく人種で評価することにな

り、人種が自己の利益獲得の切り札として主張されることで、分裂を作り出す³⁸⁾。ケネディ裁判官はAAに懐疑的な立場を採り、Grutter判決では違憲判断を下しながらも、テキサス大学の学部の入学者選抜のAAの合憲性が問題とされたFisher II判決³⁹⁾では、多様性の利益によるAAの正当化を認めて合憲判断を下しており⁴⁰⁾、事例によってAAの合憲性について判断を変えている⁴¹⁾。ケネディ裁判官が違憲判断を下す際には人種的分断の危険を理由としていたことから、合憲判断を下す際には、違憲判断がこの危険を助長するとの考えが背景にあるのではないかと考えられる。

中間派の裁判官は、AAの終了によって統合が後退する場合には、AAを違憲とすべきではなく⁴²⁾、人種間での争いを鎮めるためには、争いの原因である人種的不均衡をなくす必要があると考えている⁴³⁾。

3. 否定派の認識

合衆国最高裁において、AAの否定派であるスカリア裁判官はAAが不正義を生じさせる旨を述べており⁴⁴⁾、AAを行うべきではないと認識している⁴⁵⁾。スカリアやレンキストといった否定派の裁判官は、AAが人種的な敵意と争いを助長する危険を認識し⁴⁶⁾、人種的分断の発生が社会に深刻な影響をもたらすと考えていた⁴⁷⁾。

誰もが獲得を望む希少な社会的資源は限られており⁴⁸⁾、AAによるある者への社会的資源の分配は、必然的に他者から社会的資源を奪う⁴⁹⁾。マジョリティの中でも、際にあるメンバーはAAによって社会的資源の獲得を妨げられ⁵⁰⁾、AAの対象者に対して敵意を抱く⁵¹⁾。AAの批判者は、人種的不均衡の放置によって生じる事態よりも、こうした敵意による人種的分断の発生を懸念し、AAを実施すべきではないと考えていた⁵²⁾。

AAは、合衆国が無数の個人ではなく競合するグループから構成されていると合衆国市民に伝え、各グループはAAの果実を求め

て争うと指摘される⁵³⁾。故に、AA がどのような積極的効果をもたらすとしても、AA は、その果実を求めて各グループが人種やエスニックによって自身を組織化しようと人々を駆り立てるおそれがあり、その組織化が政治プロセスを人種とエスニックに敏感にさせることで、社会の分断と深刻な無秩序を生じさせる危険があると指摘される⁵⁴⁾。人種区分は、人種政策（自身の所属する人種グループに報いる望み）に陥る危険が指摘されている⁵⁵⁾。実際に、あるマイノリティが他のマイノリティから社会的資源を奪うために、自らを AA の対象者に包含するように主張することがある（V 2）。AA によって、各マイノリティが社会的資源を求めて分裂し争う状態が作り出されることが懸念されている⁵⁶⁾。

AA によってあるマイノリティに社会的資源を付与する場合には、AA の対象とならなかったマイノリティが得られるそれは減る⁵⁷⁾。合衆国には無数のマイノリティが存在し⁵⁸⁾、どのマイノリティが AA の対象者となるのかは恣意的に判断されていると指摘される⁵⁹⁾。政治力のあるマイノリティが他のマイノリティを排除しており（AA の対象から外す）⁶⁰⁾、マイノリティの間でむき出しの争いが生じていると認識されている⁶¹⁾。否定派の見解によれば、AA は深刻な無秩序や人種的分断を生じさせるため⁶²⁾、AA の禁止こそが人種的分断を防ぐと考えられている⁶³⁾。

4. 分断の危険の認識

AA は広範囲にわたって人種間に不和をもたらす問題⁶⁴⁾だと認識されており⁶⁵⁾、合衆国において非常に大きな社会問題である⁶⁶⁾。AA は合衆国で最も意識される問題の1つであり⁶⁷⁾、その合憲性をめぐって非常に激しい議論がなされてきた⁶⁸⁾。

AA の合憲性について激しい議論が展開される中で、AA の支持派から否定派に至るまで共通しているのは、合衆国には人種的な境界に沿って分断される危険があるため⁶⁹⁾、その危険を回避して、人種統合を進めること

である⁷⁰⁾。支持派と否定派の争いは、人種区分の使用がもたらす効果（人種的不均衡の是正）と費用（社会的分断の危険）を勘案して、AA の実施が人種的分断の防止に役立つのか否かに関する評価の違いにあると考えられる。即ち、支持者は、AA が人種的分断をなくすのに必要だと考え⁷¹⁾、他方で、反対者は AA が人種的分断を助長し、AA の禁止が人種的分断のない社会を目指すのに最適の手段だと理解していると指摘される⁷²⁾。AA の正当性を考える際には、AA による人種的不均衡の是正に伴う弊害と、人種的不均衡を放置することで生じる弊害を考慮し、両者の間でバランスを取り、人種間での敵意を抑えていく必要がある旨が指摘されている⁷³⁾。

Ⅲ. 人口構成の変化

1. 黒人への救済としての Affirmative Action

裁判所と立法者が 1960 年代にはじめて AA を作り出したとき、黒人が人口の約 10% を構成し、白人が 90% 近くであり、合衆国は黒人と白人から構成されており⁷⁴⁾、黒人と白人の 2 つの不平等な社会に向かっていると評価されていた⁷⁵⁾。1960 年の時点で黒人はマイノリティの人口の 96% を構成しており⁷⁶⁾、合衆国には被差別のマイノリティが無数にいたが、黒人はそれなりの規模のある唯一の人種的マイノリティであった⁷⁷⁾。当時の合衆国において、周縁に置かれることで、不満やいかりを抱き、人種的分断を引き起こす可能性が高いマイノリティは黒人であった。故に、人種的分断を防ぎ、統合を進めていくために、AA が開始された当初、AA は単一のマイノリティ（黒人）を保護し、機会を与えるために行われた⁷⁸⁾。

黒人は、奴隷制という他のマイノリティとは種類の異なる差別を経験してきた⁷⁹⁾。特有の被差別経験がグループ全体の地位の向上を妨げており⁸⁰⁾、様々な分野の指導的地位で黒人の過小代表を引き起こした⁸¹⁾。黒人

が社会経済的に低い地位に置かれることで、黒人の資質が劣っているという偏見が生じ⁸²⁾、それが様々な分野への黒人の進出の足枷となっており⁸³⁾、それを取り払わなければ、黒人は主流に入れなかった⁸⁴⁾。周縁に置かれた者はいかりや敵意を抱き、それが人種的分断を引き起こす危険がある⁸⁵⁾。その危険をなくすためには、差別の影響の是正が必要であり、AAは黒人に対する差別の影響の救済を理由に正当化されてきた⁸⁶⁾。

2. 黒人以外のマイノリティの包含の必要性

1960年代以降の移民の増加などによる人口構成の変化によって、合衆国では人口に占めるマイノリティの割合が大きく増え、マイノリティの中でもヒスパニックやアジア系が大幅に増加し⁸⁷⁾、1990年代初頭にはマイノリティに占める黒人の割合は50%程度にまで下がった⁸⁸⁾。合衆国では、人種問題を白人と黒人という枠組みで捉えられなくなっており⁸⁹⁾、人種問題の紛争のラインが黒人と白人にはないことが、1990年代には指摘されていた⁹⁰⁾。黒人と白人の二分法は人種問題を狭く捉えており⁹¹⁾、この枠組みでは、合衆国の複雑な人種問題を十分に理解できず⁹²⁾、黒人以外のマイノリティが抱える問題を無視することになる⁹³⁾。

人口構成の変化を経て、合衆国では、黒人だけが考慮に値する規模のマイノリティではなくなった⁹⁴⁾。黒人以外のマイノリティも悲惨な差別を被ってきたと主張されていることが指摘されるが⁹⁵⁾、奴隷制のような黒人の被差別に匹敵するものはないとも評価されている⁹⁶⁾。差別の救済を理由にAAを正当化しようとする、黒人以外のマイノリティのAAへの包含は難しくなる⁹⁷⁾。合衆国に新たに流入したマイノリティが社会的資源を持たず、周縁に置かれる場合には、彼らは敵意を抱き、ときに暴力に訴えて社会を混乱させる危険があり⁹⁸⁾、黒人以外のマイノリティの人種的不均衡を放置することは合衆国の社会に深刻な影響をもたらす危険がある⁹⁹⁾。

人種的分断を避けるためには、これらのマイノリティをAAに包含し、人種的分断を防ぐ必要がある¹⁰⁰⁾、差別の救済以外の理由によってAAを正当化しなければならなかった¹⁰¹⁾。

多様性は過去の出来事とは関係なく¹⁰²⁾、将来思考の考え方であり、利益が費用を上回る場合にAAが正当化される¹⁰³⁾。多様性から生じる利益によってAAを正当化する場合、差別の実施者や犠牲者が特定されなくとも人種の考慮が許される¹⁰⁴⁾。多様性は、差別の認定がなくともAAを正当化できるため、被差別の歴史のないマイノリティをAAに包含できる¹⁰⁵⁾。黒人以外のマイノリティの人種的不均衡を是正するために、多様性の価値が必要とされた¹⁰⁶⁾。

(Endnotes)

- 1) Ronald Tumer, *Twenty First Annual Carl Warns Labor & Employment Institutes : Grutter, The Diversity Justifications, and Workplace Affirmative Action*, 43 Brandeis; L.J. 199, 235-36 (2004); Cynthia Estlund, *Taking Grutter to Work*, 7 Green Bog 2d 215, 219 (2004).
- 2) 拙著『Affirmative Action 正当化の法理論 —アメリカ合衆国の判例と学説の検討を中心に』(商事法務, 2015) 154頁以下。
- 3) John Kekes, *The Injustice of Strong Affirmative Action in Affirmative Action and the University: A Philosophical Inquiry* edited by Steven M. Cahn, 144, 148, Temple University Press (1993).
- 4) See Richard H. Fallon, Jr., *Affirmative Action Based on Economic Disadvantage*, 43 UCLA L. Rev. 1913, 1939 (1996).
- 5) See Jack Greenberg, *Affirmative Action in Higher Education: Confronting the Condition and Theory*, 43 B.C. L. Rev. 521, 611 (2002).
- 6) See Joel K. Goldstein, *Justice O'Connor's*

- Twenty-Five Year Expectation: The Legitimacy of Durational Limits in Grutter*, 67 Ohio St. L.J. 83, 116–17 (2006).
- 7) Kevin R. Johnson, *From Brown to Bakke to Grutter: Constitutionalizing and Defining Racial Equality: The Last Twenty Five Years of Affirmative Action?*, 21 Const. Commentary 171, 182 (2004).
 - 8) *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. at 344 (Ginsburg J., concurring).
 - 9) Jerome McCristal Culp, Jr., *Colorblind Remedies and the Intersectionality of Oppression: Policy Arguments Masquerading as Moral Claims*, 69 N.Y.U. L. Rev. 162, 162 (1994); William G. Bowen & Derek Curtis Bok, *The Shape of the River: Long-Term Consequences of Considering Race in College and University Admissions* 279, Princeton Univ Press (1998).
 - 10) T. Alexander Aleinikoff, *A Case for Race-Consciousness*, 91 Colum. L. Rev. 1060, 1062 (1991); Jonathan Feldman, *Review Essay: Race-Consciousness Versus Colorblindness in the Selection of Civil Rights Leaders: Reflections upon Jack Greenberg's Crusaders in Courts*, 84 Cal. Rev. 151, 153–54 (1996); Culp, *supra* note 9, at 188.
 - 11) Bryan K. Fair, *Rethinking the Colorblindness Model*, 13 Nat'l Black L.J. 1, 69 (1993).
 - 12) *See* Aleinikoff, *supra* note 10.
 - 13) Richard D. Kahlenberg, *The Remedy : Class, Race, and Affirmative Action* 6, Basic Books (1996).
 - 14) *See* David A. Strauss, *The Myth of Colorblindness*, 1986 Sup. Ct. Rev. 99, 100–01.
 - 15) Christopher Jencks, *Rethinking Social Policy* 26 (1993).
 - 16) *See* Goldstein, *supra* note 6, at 138.
 - 17) *See* James H. Johnson, Jr. & Walter C. Farrell, Jr., *The Fire This Time: The Genesis of the Los Angeles Rebellion of 1992*, 71 N.C. L. Rev. 1403, 1409 (1993).
 - 18) J. Stephen Reinhardt, *Civil Rights and the New Federal Judiciary: The Retreat from Fairness*, 14 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 142, 145 (1991).
 - 19) John E. Morrison, *Colorblindness, Individuality, and Merit: An Analysis of the Rhetoric Against Affirmative Action*, 79 Iowa L. Rev. 313, 315 (1994); Christopher J. Schmidt, *Caught in a Paradox: Problems with Grutter's Expectation that Race-Conscious Admissions Programs Will End in Twenty-Five Years*, 24 N. Ill. U. L. Rev. 753, 779 (2004).
 - 20) Morrison, *supra* note 19, at 322–23.
 - 21) Edwin Meese III, *Civil Rights, Economic Progress, and Common Sense*, 14 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 150, 154 (1991).
 - 22) *See* Heany, *Busing, Timetables, Goals, and Ratios: Touchstones of Equal Opportunity*, 69 Minn. L. Rev. 735, 819–20 (1985); Michel Rosenfeld, *Affirmative Action, Justice, and Equalities: A Philosophical and Constitutional Appraisal*, 46 Ohio St. L.J. 845, 856–67 (1985); Benjamin L. Hooks, *Affirmative Action: A Needed Remedy*, 21 Ga. L. Rev. 1043, 1044 (1987).
 - 23) Leland Ware, *Strict Scrutiny, Affirmative Action, and Academic Freedom: The University of Michigan Cases*, 78 Tul. L. Rev. 2097, 2112 (2004).
 - 24) *See* Goldstein, *supra* note 6, at 109.
 - 25) *Grutter*, 539 U.S. at 345 (Ginsburg J., joined by Breyer J., concurring).
 - 26) *See* Goldstein, *supra* note 6, at 143–44.
 - 27) *Metro Broadcasting, Inc. v. FCC*, 497 U.S. 547, 603 (1990) (O'Connor, J., dissenting).
 - 28) *See* Neil Gotanda, *A Critique of "Our Constitution is Color-Blind"*, 44 Stan. L. Rev. 1, 7 (1991).
 - 29) *Grutter*, 539 U.S. at 330–33 (O'Connor J.,

- jointed by Stevens, Breyer, Ginsburg & Souter JJ., majority).
- 30) *Brown v. North Carolina*, 479 U.S. 940, 941 (1986) (O'Connor, J., concurring in denial of certiorari).
- 31) *Culp*, *supra* note 9, at 168–69.
- 32) See Angela P. Harris, *Equality Trouble: Sameness and Difference in Twentieth-Century Race Law*, 88 Cal. L. Rev. 1925, 2006 (2000).
- 33) Vikram Amar & Evan Caminker, *Constitutional Sunsetting? Justice O'Connor's Closing Comments in Grutter*, 30 Hastings Const. L.Q. 541, 549 (2003).
- 34) See Marty B. Lorenzo, *Race-Conscious Diversity Admissions Programs: Furthering a Compelling Interest*, 2 Mich. J. Race & L. 361, 390–91 (1997).
- 35) Reva B. Siegel, *Equal Divided*, 127 Harv. L. Rev. 1, 42–43 (2013).
- 36) *Grutter*, 539 U.S. at 388 (Kennedy, J., dissenting).
- 37) Siegel, *supra* note 35, at 42 n.205.
- 38) See *Parents Involved*, 551 U.S. at 793–97 (Kennedy J., concurring).
- 39) *Fisher v. University of Texas at Austin*, 136 S.Ct. 2198 (2016).
- 40) Elizabeth Slattery, *Fisher v. UT-Austin and the Future of Racial Preferences in College Admissions*, 17 Federalist Soc'y Rev. 22, 25 (2016).
- 41) Elise C. Boddie, *Response: The Future of Affirmative Action*, 130 Harv. L. Rev. F. 38, 47 (2016).
- 42) See Schmidt, *supra* note 19, at 784.
- 43) See Alexandra Natapoff, *Trouble in Paradise: Equal Protection and the Dilemma of Interminority Group Conflict*, 47 Stan. L. Rev. 1059, 1061 (1995).
- 44) See *City of Richmond v. J.A. Croson, Co.*, 488 U.S. 469, 521–28 (Scalia J., concurring).
- 45) Robert C. Post, *Foreword: Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law*, 117 Harv. L. Rev. 4, 65 n.294 (2003).
- 46) *Metro Broadcasting*, 497 U.S. at 603 (O'Connor, J., jointed by Rehnquist C.J., Scalia, Kennedy JJ., dissenting).
- 47) David E. Bernstein, *Schuetz v. Coalition to Defend Affirmative Action and the Failed Attempt to Square a Circle*, 8 NYU J.L. & Liberty 210, 226 (2013).
- 48) See Chan Hee Chu, *When Proportionality Equals Diversity: Asian Americans and Affirmative Action*, 23 Asian Am. L.J. 99, 130–31 (2016).
- 49) See Harvey Gee, *From Bakke to Grutter and Beyond: Asian Americans and Diversity in America*, 9 Tex. J.C.L. & C.R. 129, 153 (2004).
- 50) Peter J. Rubin, *Reconnecting Doctrine and Purpose: A Comprehensive Approach to Strict Scrutiny After Adarand and Shaw*, 149 U. Pa. L. Rev. 1, 44 (2000).
- 51) Jamie L. Barkerjamie L. Baker, *Back to Basics A Functional Strict Scrutiny Solution to the Affirmative Action Controversy*, 22 Ohio N.U.L. Rev. 1363, 1364 (1996).
- 52) See Morris B. Abram, *Affirmative Action: Fair Shakers and Social Engineers*, 99 Harv. L. Rev. 1312, 1318–23 (1986).
- 53) See Rubin, *supra* note 50, at 20–21.
- 54) Bernstein, *supra* note 47, at 226.
- 55) Rubin, *supra* note 50, at 20.
- 56) K. Anthony Appiah & Amy Gutmann, *Color Conscious* 148, Princeton, University Press (1996); Girardeau A. Spann, *Proposition 209*, 47 Duke L.J. 187, 309 (1997).
- 57) Ronald Takaki, *Strangers From A Different Shore* 499, Little, Brown and Company (1998).
- 58) See Deborah Ramirez, *Multicultural Empowerment: It's Not Just Black and White Anymore*, 47 Stan. L. Rev. 957, 963 (1995).
- 59) Kekes, *supra* note 3, at 151.

- 60) Calvin Massey, *The New Formalism: Requiem for Tiered Scrutiny?*, 6 U. Pa. J. Const. L. 945, 952 (2004).
- 61) See Abram, *supra* note 52, at 1321.
- 62) Bernstein, *supra* note 47, at 226.
- 63) See Scott Grinsell, *The Prejudice Of Caste": The Misreading of Justice Harlan And The Ascendancy of Anticlassification*, 15 Mich. J. Race & L. 317, 327 (2010).
- 64) Bakke, 438 U.S. at 294, n.34 (Powell J., opinion).
- 65) Kathleen M. Sullivan, *Sins of Discrimination : Last Term's Affirmative Action Cases*, 100 Harv.L.Rev 78 (1986).
- 66) See Paul M. Sniderman & Thomas Piazza, *The Scar of Race* 103-04, Belknap Press (1993).
- 67) Chu, *supra* note 48, at 101.
- 68) Bryan T. Ikegami, *An Urgent Opportunity Unifying the Asian American Stance on Affirmative Action*, 17 UCLA Asian Pac. Am. L.J. 82 (2012).
- 69) Kenneth E. Payson, *Check One Box: Reconsidering Directive No. 15 and the Classification of Mixed-Race People*, 84 Calif. L. Rev. 1233, 1234 (1996).
- 70) See Charles Fried, *Saying What The Law Is* 239, Harvard University Press (2004).
- 71) AA による人種相互の理解の促進が分断を防ぎ、合衆国を1つの国家として成立させる旨が指摘されている (Estlund, *supra* note 1, at 218)。
- 72) Morrison, *supra* note 19, at 322-23.
- 73) Lorenzo, *supra* note 34, at 418.
- 74) Ramirez, *supra* note 58, at 958.
- 75) Report of the National Advisory Commission on Civil Disorders 1 (1968). しかし、アラブ系、ユダヤ系、インド系などのマイノリティはすべて「白人」に分類されており、1960年代において、合衆国が黒人と白人の2つの社会から構成されていると考えるのは幻想であったとされる (Ramirez, *supra* note 58, at 958 n.5)。
- 76) See Ramirez, *supra* note 58, at 962.
- 77) Ramirez, *supra* note 58, at 958.
- 78) Ramirez, *supra* note 58, at 962.
- 79) Bakke, 438 U.S. at 400 (Marshall J., dissenting).
- 80) Daniel P. Tokaji, *Asian Americans and Affirmative Action*, 1 Nexus J. Op. 47, 53-54 (1996).
- 81) Schmidt, *supra* note 19, at 778-79.
- 82) Richard J. Herrnstein & Charles Murray, *The Bell Curve: Intelligence and Class Structure in American Life* 276-80, 320-22, Free Press (1994); Adeno Addis, *Role Models and the Politics of Recognition*, 144 U. Pa. L. Rev. 1377, 1436 (1996).
- 83) Aleinikoff, *supra* note 10, at 1074.
- 84) See Bill Ong Hing, *Beyond the Rhetoric of Assimilation and Cultural Pluralism: Addressing the Tension of SePtism and Conflict in an Immigration-Driven Multiracial Society*, 81 Cal. L. Rev. 863, 870 (1993).
- 85) Christopher Jencks, *Rethinking Social Policy* 26 (1993).
- 86) See Ramirez, *supra* note 58, at 962-63.
- 87) See William R. Tamayo, *When the "Coloreds" Are Neither Black Nor Citizens: The United States Civil Rights Movement and Global Migration*, 2 Asian L.J. 1, 9-11 (1995).
- 88) See Ramirez, *supra* note 58, at 960-62.
- 89) See Kevin R. Johnson, *Civil Rights and Immigration: Challenges for the Latino Community in the Twenty-First Century*, 8 La Raza L.J. 42, 56-57 (1995); Tamayo, *supra* note 87, at 9-11.
- 90) J. Harvie Wilkinson III, *The Law of Civil Rights and the Dangers of Separatism in Multicultural America*, 47 Stan. L. Rev. 993, 1017 (1995).
- 91) Eric K. Yamamoto, *Representing Race:*

Critical Race Praxis: Race Theory and Political Lawyering Practice in Post-Civil Rights America, 95 Mich. L. Rev. 821, 852 (1997).

- 92) Bernstein, *supra* note 47, at 100.
- 93) Juan F. Perea, *Ethnicity and Prejudice: Reevaluating 'National Origin' Discrimination Under Title VII*, 35 Wm. & Mary L. Rev. 805, 808-09 (1994).
- 94) Ramirez, *supra* note 58, at 962.
- 95) Natapoff, *supra* note 43, at 1065.
- 96) See Natapoff, *supra* note 43, at 1084.
- 97) Adrian Liu, *Affirmative Action & Negative Action: How Jian Li's Case Can Benefit Asian Americans*, 3 Mich. J. Race & L. 391, 398 (2008).
- 98) See Reinhardt, *supra* note 18, at 145.
- 99) Bernstein, *supra* note 47, at 226.
- 100) See Ware, *supra* note 23, at 2112.
- 101) 黒人以外のマイノリティのAAへの包含は、黒人が獲得する社会的資源を減らすことになり (Wilkinson III, *supra* note 90, at 1016)、黒人以外のマイノリティが増加した合衆国の現状を考えると、黒人に非常に大きな影響をもたらす (See Ramirez, *supra* note 58, at 962-63)。故に、AAによって黒人以外のマイノリティに社会的資源を与えることは、黒人の不満を募らせ、人種的分断を引き起こす危険もある。
- 102) Amar & Caminker, *supra* note 33, at 543-44.
- 103) Goldstein, *supra* note 6, at 124.
- 104) See Katherine M. Planer, *The Death of Diversity? Affirmative Action in the Workplace After Parents Involved*, 39 Seton Hall L. Rev. 1333, 1344-45 (2009).
- 105) See Timothy L. Hall, *Educational Diversity: Viewpoints and Proxies*, 59 Ohio St. L.J. 551, 558 (1998); Planer, *supra* note 104, at 1344-45.
- 106) See Ware, *supra* note 23, at 2112.